

まねき TV・ロクラクⅡ事件最判後の 著作権の間接侵害論

～ネットワーク型サービスの場合に焦点を当てて～

神奈川大学准教授 奥邨 弘司

1. はじめに

近時、著作権の間接侵害論に大きな関心が集まっている。その背景には、デジタル・ネットワーク技術の進歩によって、コンテンツをネットワーク経由で利用する各種のシステムやサービス（以下、ネットワーク型サービス）が急速に普及している現状がある。それらのネットワーク型サービスのユーザが、サービスを使用して著作権侵害行為を行った場合、当該ユーザに著作権侵害責任を問うだけでなく、サービス提供者に責任を問うことはできるのだろうか。また、それはどのような論理によってであろうか。著作権の間接侵害論が現在関心を集めているのは、まさにこのような問題意識からである。

本稿は、まねき TV 事件最高裁判決⁽¹⁾およびロクラクⅡ事件最高裁判決⁽²⁾が、ネットワーク型サービス提供者の責任論にどのような影響を与えるのかを検討するものである。

2. 著作権の間接侵害

2.1 著作権の間接侵害とは何か

著作権の間接侵害という概念は、あくまでも講学上のものであるため、論者によってその定義は異なりうる。そこで、ファイル交換サービスの場合を例に、本稿としての考え方を示しておきたい。

著作権とは、著作権法 21 条から 28 条に定められる支分権の束であり、各支分権は「著作権者は〇〇する権利を専有する」と定められている。したがって、他人が著作権を有する著作物について、支分権の対象となるような利用行為を行ったにもかかわらず、著作権が存続していないこと、利用許諾を得ていること、権利制限規定に該当すること、または文化庁長官の裁定を受けていることなどに該当しなかった場合⁽³⁾、著作権侵害となり、そのような侵害となる利用行為を行った者が著作権の侵害者である⁽⁴⁾。

ファイル交換サービスの場合で考えれば、権利者に無断で、同サービスを用いて他人の著作物を他者に提供するユーザは、一般に複製権や公衆送信権の侵害者に当たろう⁽⁵⁾。著作権が存続しないなどの状況ではないのに、複製や公衆送信といった利用行為を行っている場合、それは著作権侵害であり、また当該ユーザが、侵害となる利用行為を直接的に行っている者であることは、物理的な観点から明らかであるからだ。なお、物理的な意味で直接的に利用行為を行っている者を直接利用者と呼び、直接利用者のうち侵害者となる者を直接侵害者と呼ぶのが素直であるが、一般的には、直接利用者を利用主体と呼び、直接侵害者を侵害主体と呼ぶことが多いため、以降その例にならいたい⁽⁶⁾。

さて問題は、ファイル交換サービスの提供者である。サービス提供者は、サービスを使用させることを通じて、利用主体であるユーザの行為に関与してはいるものの、自ら物理的な意味で直接的に複製や公衆送信などの利用行為を行っているわけではない。敢えていえば、利用主体の行為を介して、間接的に著作物を利用している者（間接利用者）にすぎない。果たしてこのような間接利用者についても、侵害についての責任を問うこと（本稿では、差止請求と損害賠償請求の相手方とすることを論じる⁽⁷⁾）ができるのだろうか。差し当たり、このような場合を間接侵害と呼び、そのような侵害について責任を問われる者を間接侵害者と呼ぶこととする。

2.2 間接侵害の作用（効果）と副作用

間接侵害を論ずることの意義は、主として一網打尽効果と隠れ蓑対策効果にあるといえる⁽⁸⁾。一網打尽効果とは、サービスなどの利用者の行為を個々に停止させるのでは非効率なため、サービス全体として侵害行為の停止を可能とすることであり、隠れ蓑対策効果とは、利用主体の行為が適法であることを隠れ蓑にして

利益を上げる者の責任追求を可能とすることである。

もっとも、両効果を実現するためには課題がある。まず、著作権法 112 条 1 項は、著作権者などは、著作権などを侵害する者または侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止または予防を請求することができる、と定めるが、ここにいう「侵害する者または侵害するおそれがある者」とは、侵害主体のみを指すと理解するのが通説的見解である。そのため、前記のようなサービス提供者を相手方とする差止請求は認められないこととなる⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾。これをいかに乗り越えるかが一網打尽効果を実現する上での課題である。

次に、隠れ蓑対策効果を実現する上での課題としては、間接侵害の成立に直接侵害の成立を必要とする（従属説）か不要とする（独立説）かという問題がある⁽¹¹⁾。この点従属説に立つと、隠れ蓑対策効果は望めなくなるが、一方で明文の規定なく独立説を採用すると、予測可能性が低下してしまう。

このように課題がある中、両効果を巧みに実現する手法として、多用されてきたのが、次にみるカラオケ法理であった。

3. カラオケ法理と間接侵害

3.1 カラオケ法理とは何か

いわゆるカラオケ法理とは、間接利用者が、雇用関係などにより、利用主体を手足といえるほど密接に支配している場合（手足論）ではなくても、「物理的な利用行為の主体とは言い難い者〔筆者注：間接利用者〕を、管理（支配）性および営業上の利益という二つの要素に着目して規範的に利用行為の主体と評価する考え方⁽¹²⁾」のことである。

カラオケ法理は、クラブキャッツアイ事件最高裁判決⁽¹³⁾に由来するとされる。同事件では、カラオケスナックにおける客の歌唱について、店の経営者が、著作権侵害に関する損害賠償責任を負うか否かが問題となった⁽¹⁴⁾。最高裁は、「客は、上告人ら〔筆者注：店の経営者〕と無関係に歌唱しているわけではなく・・・上告人らの管理のもとに歌唱している」として、店の経営者による客に対する管理を認め、同時に、「上告人らは、客の歌唱をも店の営業政策の一環として取り入れ、これを利用して・・・営業上の利益を増大させることを意図していた」として、営業上の利益の存在も認めた。そして、そのような場合は、「客による歌唱も、著作権法上の規律の観点からは上告人らによる歌

唱と同視しうる」との判断を示したのである。この最高裁の判断枠組みを一般化したものが先述のカラオケ法理である⁽¹⁵⁾。

ここで注目すべきは、クラブキャッツアイ事件最判では、経営者を間接利用者や間接侵害者と捉えたわけではないという点である。客の歌唱を店の経営者の歌唱と同視した、すなわち経営者を一種のみなし利用主体として扱ったのである。当然、経営者は間接侵害者ではなくて、（みなし）侵害主体として責任を問われることになる。つまり、間接侵害者を正面から捉えるのではなくて、利用主体および侵害主体の概念を拡張してそこに取り込むことによって対処したことになる^(15a)。なお、みなし利用主体およびみなし侵害主体については、規範的な観点から利用主体や侵害主体とみなしているという意味で、それぞれ規範の利用主体および規範的侵害主体と呼ぶことができよう。

3.2 ネットワーク型サービスとカラオケ法理

カラオケ法理が、ネットワーク型サービスに初めて適用されたのは、ファイルログ事件であった。同事件で問題となったのは、中央にインデックスサーバが存在するナップスター型のファイル交換システムであり、同システムをユーザに提供していた業者が、ユーザによる同システムを用いた音楽ファイルの無断交換に関して著作権の侵害責任を問われたのである。

仮処分決定⁽¹⁶⁾において裁判所は、業者が自動公衆送信の主体に当たるとの判断を下したが、その際、規範的侵害主体について「①債務者〔筆者注：業者〕の行為の内容・性質、②利用者のする送信可能化状態に対する債務者の管理・支配の程度、③本件行為によって生ずる債務者の利益の状況等を総合斟酌して」判断すべきことを示した。この考え方は、②・③から明らかになように、カラオケ法理を応用したものであった⁽¹⁷⁾。

これ以降、カラオケ法理は、ネットワーク型サービスの提供者が規範的な侵害主体となるか否かを判断する際の基準として多用されるようになる。すなわち、TV パソコンのハウジングサービスが問題となった録画ネット事件⁽¹⁸⁾、携帯電話向けの音楽用オンライン・ストレージサービスが問題となった MUYTA 事件⁽¹⁹⁾、マンション用の集中 TV 録画システムの販売が問題となった選撮見録事件⁽²⁰⁾、動画投稿共有サイトが問題となった TV ブレイク事件⁽²¹⁾、そしてまねき TV 事件とロクラクⅡ事件である。

3.3 カラオケ法理の多用とその変質

カラオケ法理が多用されるようになったのには、2つの理由があると思われる。

一つは、同法理が、先述の一網打尽効果と隠れ蓑対策効果を実現するのに有用な点であろう。カラオケ法理によってサービス提供者を規範的な利用（侵害）主体と捉えれば、差止請求の相手方は侵害主体に限られるとする通説的見解を変更することなく、サービス提供者を相手方とする差止請求が可能となり、一網打尽効果が実現される⁽²²⁾。

また、隠れ蓑対策効果も巧みに実現される。例えば、クラブキャッツアイ事件の場合、利用主体である客の歌唱は、非営利・無償・無報酬のものであるから、無許諾であっても著作権法38条1項に照らして適法であった。しかしながら、客の歌唱を店の経営者の歌唱とみなし、経営者を規範的な利用主体と捉えれば、経営者の歌唱は営利目的であるから、38条1項は適用されなくなり、経営者は客の歌唱を隠れ蓑とすることができなくなる⁽²³⁾。

カラオケ法理が多用される今ひとつの理由は、その説得力にあらう。先述の両効果を実現するためにいかに有用であらうとも、それが説得力を持たなければ、多くの裁判例で用いられるには至らない。この点、カラオケ法理は——傍論とはいえ——最高裁判決中で展開された論理である以上、一定の説得力を有すると、広く認められてきたのである。

ただ、多用される中で、カラオケ法理は変質していった⁽²⁴⁾。例えば、ファイルログ仮処分事件決定では、考慮要素として「サービスの内容性質」が付け加えられているし、クラブキャッツアイ事件最判では「管理」であったものが「管理・支配」に置き換わっていた。さらに、管理（・支配）の対象も、クラブキャッツアイ事件最高裁判決では人であったところが、ファイルログ事件においては行為となり、録画ネット事件などにおいては、著作物を利用するための機器に変わっていった。また、MYUTA事件などでは、単に管理・支配と営業上の利益のみに注目するのではなくて、他の要素も含めた総合的な考慮が行われた⁽²⁵⁾。

このように、次第に変質を続けるカラオケ法理に対しては、例えば何をどの程度管理・支配すれば問題となるのかが明確でないなど、予測可能性の低さを中心に、様々な批判が寄せられた。また、そもそもなぜ管理・支配と営業上の利益が認められると、規範的な利

用主体と判断できるのかについて、「著作権法上の規律の観点」という以上の説明がなされていない点についての批判もあった⁽²⁶⁾。さらに、それらの問題意識を背景に、著作権の間接侵害については、立法的対応が必要であるとする声も少なくなかった⁽²⁷⁾。

4. まねき TV 事件最判とロクラクⅡ事件最判

以上のように、ネットワーク型サービスの提供者の責任が問題となる場合、カラオケ法理によって判断するという流れが、批判はありながらも一応定着していたのがこれまでの裁判実務の傾向であった。しかし、本年1月に言い渡された、まねき TV 事件最判とロクラクⅡ事件最判によって、そのような状況は再考を迫られることとなった。

4.1 事実関係

まず、それぞれの事件で使用された機器について紹介したい。まねき TV 事件で使用されたのは、訴外ソニーが開発販売するロケーションフリーという、テレビ番組をデジタル変換してインターネット経由で転送する機器であった。この機器は典型的には親機（ベースステーション、以下 BS）と子機からなり、子機から BS を操作して子機に番組を転送し、子機で視聴するという仕組みである。なお BS と子機間は紐付けされており、BS から番組を転送することができるのは、特定の子機だけとなる。一方、ロクラクⅡ事件の場合に使用されたのは、ロクラクⅡという、テレビ番組のハードディスクレコーダーであった。このレコーダーには録画した番組をインターネット経由で転送する機能があった。具体的には、子機から親機を操作して親機に番組を録画し、録画された番組を子機に転送して、子機で再生視聴する仕組みであった。この機器も、親機子機間は紐付けされていた。つまり、まねき TV 事件の機器とロクラクⅡ事件の機器は、共に転送機能を有している点は共通するものの、後者の場合のみ、録画機能を有している点で相違した。

両事件で問題となったのは、これらの機器を預かるサービスであった。まねき TV 事件の場合、業者はユーザ（海外在住者などを想定）自身が別途購入したロケーションフリーの親機をユーザから預かり、親機にアンテナ線を接続し、電源を供給し、インターネット回線に接続するなどのサービスを提供していたところ、テレビ局によって、著作権（公衆送信権）および

著作隣接権（送信可能化権）の侵害で訴えられた。一方、ロクラクⅡ事件の場合は、ロクラクⅡを製造販売し、レンタルしている業者が、テレビ局から著作権（複製権）侵害で訴えられた。もっとも製造販売やレンタル自体が理由ではなくて、まねき TV 事件の場合同様に、ユーザから親機を預かり、アンテナの接続などのサービスを提供していたことが問題となった。なお、製造販売業者は、そのようなサービスを提供しているのは別業者であると主張し、テレビ局側は、別業者はダミーにすぎないと主張した。

4.2 ロクラクⅡ事件最判

(1) 判旨

説明の都合上、ロクラクⅡ事件から先に紹介したい。最高裁は、複製主体はユーザであるという原審（知財高裁）⁽²⁸⁾の判断を是認できないとして破棄し、事件を差し戻したが、その際、複製行為の主体をいかに判断するかにつき以下のように述べている。

「(a)放送番組等の複製物を取得することを可能にするサービスにおいて、サービスを提供する者（以下「サービス提供者」という。）が、その管理、支配下において、テレビアンテナで受信した放送を複製の機能を有する機器（以下「複製機器」という。）に入力して、当該複製機器に録画の指示がされると放送番組等の複製が自動的に行われる場合には、(b)その録画の指示を当該サービスの利用者がするものであっても、サービス提供者はその複製の主体であると解するのが相当である。すなわち、(c)複製の主体の判断に当たっては、複製の対象、方法、複製への関与の内容、程度等の諸要素を考慮して、誰が当該著作物の複製をしているといえるかを判断するのが相当であるところ、上記の場合、サービス提供者は、単に複製を容易にするための環境等を整備しているにとどまらず、その管理、支配下において、放送を受信して複製機器に対して放送番組等に係る情報を入力するという、複製機器を用いた放送番組等の複製の実現における重要な行為をしており、複製時におけるサービス提供者の上記各行為がなければ、当該サービスの利用者が録画の指示をしても、放送番組等の複製をすることはおよそ不可能なのであり、サービス提供者を複製の主体というに十分であるからである。」〔下線および(a)などの記号

は筆者〕

(2) 検討

引用判旨中の結論部分は、下線部(a)および(b)に当たる。この点既に指摘されているように、本最判は、判決が設定した事例（下線部(a)）について判断を示した設定事例判決⁽²⁹⁾または場合判例⁽³⁰⁾にすぎないから、その直接の射程は、設定事例の事実関係の範囲に限られる。もっとも、実際問題としては、その射程を超えて影響を与えるものとする⁽³¹⁾、その点は後に検討することとして、ここではまず、本最判がどのような論理で結論に至ったのかを検討したい⁽³²⁾。

下線部(a)および(b)のような結論を導く上での判断基準は下線部(c)である。もっとも、下線部(c)は抽象的な基準を示すのみであるから、これだけでは、どのような場合に「著作物の複製をしている」と評価してよいのかが明らかではない。そこで、下線部(c)以降に展開される実質論に手がかりを求めたい⁽³³⁾。

最高裁は、まず、サービス提供者の行為を、①複製を容易にするための環境などを整備することと、②自身の管理・支配下で、放送を受信して複製する機器（複製の指示があれば放送番組等を自動的に複製する状態にある）に対して放送番組等を入力することの2つに整理する。その上で、前記②の行為は、複製機器を用いた放送番組等の複製を実現する上で「重要な行為」であり、同時に、前記①および②の行為がなければ、ユーザが録画の指示をしても、放送番組等の複製をすることは「およそ不可能」である、と評価して「サービス提供者を複製の主体というに十分である」との結論に至っている。

ここで注目すべきは、「ユーザが録画の指示をしても」という部分である。判決設定事例（下線部(a)）の場合、ユーザには、どの番組を録画するかについて、自らの意思で決定し指示する自由が存在する。事実、原審である知財高裁はこの点を重視して、ユーザを複製の主体と捉えたわけである。しかしながら最高裁は、そうであっても、規範的にみるとサービス提供者が複製の主体になると判断したのである⁽³⁴⁾⁽³⁵⁾⁽³⁶⁾。

この点改めて考えると、(ア)ユーザの自由は、サービス提供者が設定した複製対象物の枠（＝アンテナから入力される放送番組）の中での自由にすぎず、(イ)当該枠内のもは、いずれもが他人の著作物である、という状況が存在した。そして、そのような状況の下

では、ユーザが自分の意思で録画する番組を選んだという事実は、複製権侵害との関係では捨象されてしまう。なぜなら、ユーザがいずれの番組を選んだとしても——権利制限規定を別とすれば——複製行為は、権利侵害となるからである。一方で、サービス提供者が、複製機器にアンテナを接続して放送番組等を入力しているという事実（前記②）は、複製権侵害との関係上、枢要、すなわち最も重要なものとなってくる。なぜなら、そのような入力を通じて複製対象物を提供した結果、サービス提供者は、前記のようにユーザが何を録画しようとも権利侵害となり得る状況を作り出しているからである。しかも、サービス提供者は、複製を行うことが必然の者に⁽³⁷⁾、複製のための機器を利用させ、またその機器を管理・支配しているのである。結果、具体的にどの番組を複製するのかを指示する部分——既にみたように、この部分は複製権侵害との関係では捨象される——を除いて、複製を実現するために必要となるほとんど全ての側面をサービス提供者が担っている状況が存在する以上、規範的にはサービス提供者が複製の主体である、というのが、本最判の論理であろう⁽³⁸⁾。

4.3 まねき TV 事件最判

(1) 判旨

原審（知財高裁）⁽³⁹⁾は、BSが1対1の送信機能しか持たないことを理由として、自動公衆送信装置該当性を否定し、結果送信可能化権および公衆送信権の侵害を否定したが、最高裁は原審の判断を是認できないとして破棄し、事件を差し戻した。その際、送信可能化などの主体をいかに判断するかについては、次のように述べている。

「自動公衆送信が、当該装置に入力される情報を受信者からの求めに応じ自動的に送信する機能を有する装置の使用を前提としていることに鑑みると、(i)その主体は、当該装置が受信者からの求めに応じ情報を自動的に送信することができる状態を作り出す行為を行う者と解するのが相当であり、(ii)当該装置が公衆の用に供されている電気通信回線に接続しており、これに継続的に情報が入力されている場合には、当該装置に情報を入力する者が送信の主体であると解するのが相当である。」〔下線および(i)などの記号は筆者〕

(2) 検討

本最判についても、その事実関係を前提として、どのような論理で結論に至ったのかを、検討することとしたい⁽⁴⁰⁾⁽⁴¹⁾。

まず、下線部(i)と(ii)の関係であるが、下線部(ii)は、本件の事実関係を踏まえて送信の主体を判断するものであり、前記引用説示の結論部分である。一方、下線部(i)は、自動公衆送信の主体を判断するための一般的な基準を述べるものであり、前記結論部分を理由づけるためのものとして理解することができるだろう⁽⁴²⁾。

下線部(i)については、その一般的な性格も相まって、一見すると、インターネットに接続したサーバを設置すると自動公衆送信の主体に該当すると説くようにも読める。しかし、情報を自動的に送信することができる「状態にする者」や「状態に置く者」、「状態を作り出す者」などではなくて、「状態を作り出す行為を行う者」という、より積極的、能動的な行為を前提とする表現が採用されていることに注目するならば理解は異なろう⁽⁴³⁾。つまり、前記のように単に設置するだけの者は、「状態にする者」にすぎないから主体にはあたらず、「状態を作り出す行為を行う者」と評価できるような、より積極的、能動的な行為を行う者こそが主体に該当するという、規範的な解釈が示されたと解すべきだろう。また、そのような解釈は、立法担当者の解説とも一致する⁽⁴⁴⁾。

では、どのような場合に「状態を作り出す行為を行う者」と評価されるのか。この点、最高裁は、本件の事実関係を踏まえつつ、著作権法の文言に忠実に、「情報を入力する者」を送信の主体とした（下線部(ii)）。そもそも、BSは、内部に記録装置を有さないため、入力されたアナログ放送波をデジタル変換した後は、記録蓄積などは一切行わずに、そのままインターネットに転送する。そして、著作権法2条1項9号の5によれば、そのような場合における送信可能化とは、「公衆の用に供されている電気通信回線に接続している自動公衆送信装置・・・に情報を入力すること」（以下、入力型送信可能化）を指すから、入力する者が送信可能化および自動公衆送信の主体となる（まねき TV 事件最判では、送信可能化の主体＝自動公衆送信の主体と位置づけられている。以降、両者をあわせて、送信の主体と呼ぶ。）のである⁽⁴⁵⁾。このことは、先に引用した著作権法の規定と下線部(ii)が、実質的に同一であ

ることからも明らかであろう。

とすると、下線部(ii)における「入力」という用語は、inputを意味する一般的なものとして用いられているのではなくて、入力型送信可能化の場合における「入力」の意味で用いられていることになる。したがって、BSとは違って内部に記録媒体を備える自動公衆送信装置、すなわち通常のサーバなどを利用した送信可能化（以下、記録媒体型送信可能化）や自動公衆送信は本判決の直接の射程外ということになる⁽⁴⁶⁾。なぜなら、著作権法2条1項9号の5においては、サーバなどに情報をinputすることは、「入力」とは区別され「記録」と表現されているからである。下線部(ii)における、条文に忠実な最高裁の解釈態度を踏まえれば、「入力」と「記録」を混同することは許されないと解すべきであろう。

5. 考察

以上、両最判が結論に至った論理についてみてきた。ここからは、両最判によって、著作権の間接侵害論がどのような影響を受けるのかについて考えていきたい。

5.1 規範的利用主体論およびカラオケ法理の関係

(1) 規範的利用主体論との関係

既にみたように、著作権の間接侵害に関しては、規範的な視点から、間接利用者を利用主体と把握すること（以下、規範的利用主体論）が行われ、それによって処理されてきたのが、これまでの実務の傾向であった。では、ロクラクⅡ事件最判とまねき TV 事件最判は、そのような傾向に、何らかの変化を与えるであろうか。

この点、ロクラクⅡ事件最判が、規範的な視点から複製主体を捉えたものであることは、4.2(2)でみたとおりであり、改めて説明は不要であろう。それでは、まねき TV 事件最判はどうか。同最判に関して、本稿で取り上げた2つの説示（下線部(i)と(ii) 4.3参照）の内、下線部(i)が、自動公衆送信の主体を判断するための一般的基準について、規範的な解釈を示したものであることは、4.3(2)でみたとおりである。一方、下線部(ii)は一見する限り、著作権法2条1項9号の5の条文に忠実な判断を示したにすぎず、規範的利用主体論とは無縁のようにも思える。しかしながら、下線部(ii)に続く当てはめ部分をみてみ

ると、物理的な接続や入力のみで入力者を判断していないばかりか、BSを業者に預けたユーザが、規範的な入力主体にあたらない旨を確認するような評価も行われている⁽⁴⁷⁾。つまり、まねき TV 事件最判も、広義には規範的な視点から利用行為の主体を論じる判決といえるのである。

まとめるなら、今回の両最判によっても、著作権の間接侵害を規範的利用主体論によって処理するという従来の傾向に変化はみられないということができよう。その結果、問題の焦点は、規範的利用主体を認定するためにこれまで多用されてきたカラオケ法理と、新しく登場した規範的利用主体認定の論理（ロクラクⅡ事件最判とまねき TV 事件最判の論理）との関係に移ろう。

(2) ロクラクⅡ事件最判とカラオケ法理

ロクラクⅡ事件最判は、「複製の対象、方法、複製への関与の内容、程度等の諸要素」という具合に種々の考慮要素から判断することを求め、管理・支配や営業上の利益を殊更重視しているわけではないから、その論理は、カラオケ法理とは別物といえよう。また、同最判は、判決が設定した事例（前記下線部(a)）について判断を示した場合判例にすぎないから、その直接の射程は、前記設定事例の事実関係の範囲に限られる。とすると、前記の射程内では、ロクラクⅡ事件最判の論理に従って、規範的に複製主体を判断すべきであり、カラオケ法理の出番はないということになる。

ここで、ロクラクⅡ事件最判とカラオケ法理との関係について述べる金築裁判官の補足意見について触れておきたい。同補足意見の大意をまとめると、次のようになる。すなわち、カラオケ法理は、法概念の規範的解釈（物理的、自然的、社会的、経済的側面を含めた総合的な観察による解釈）の一手法にすぎないのだから、クラブキャッツアイ事件最判で考慮された2要素（管理・支配と利益の帰属）を固定的なものとして扱い、他の事件でもそれらに基づいて利用主体を判断するのは適切ではなく、同事件最判から汲み取るべきは、侵害主体の認定における規範的解釈の重要性であって、一手法としてのカラオケ法理ではない、ということになる⁽⁴⁸⁾。補足意見がこのような趣旨なのであれば、ロクラクⅡ事件最判の射程内の事案では、より事案に適合的な同最判の論理に従って判断すべきであり、カラオケ法理に出番はないとした先の整理

は、補足意見との間で齟齬はないことになる。

(3) まねき TV 事件最判とカラオケ法理

まねき TV 事件最判も、利用主体を判断する部分では、管理・支配や営業上の利益については一切触れていないから、同最判の論理も、カラオケ法理と別物であることは明らかだろう。とすると、やはり射程内に関する限りは、カラオケ法理ではなくてまねき TV 事件最判の論理で、送信の主体を判断すべきということになる⁽⁴⁹⁾。

5.2 両最判の実際的な機能

(1) 先導の必要性

ロクラクⅡ事件最判もまねき TV 事件最判も、その射程は限定的である。結果、両最判の射程にはカバーされないような事案も少なくないと思われるが、その場合、どうすればよいのだろうか。

一つの考え方として、両最判の射程外の事案については、全て従来どおりにカラオケ法理によって規範的に利用主体を判断するという考え方があり得よう。しかしながら、このような考え方には問題がある。そもそも、カラオケ法理が多用された理由は、一網打尽効果および隠れ蓑対策効果を巧みに実現できる有用性と、最高裁判決中で展開された論理であるという説得力であった。この点、両最判は、規範的に利用主体を把握するものであるから、カラオケ法理同様に、一網打尽効果および隠れ蓑対策効果を巧みに実現可能であり、それらの効果の実現という点では、両最判の論理はカラオケ法理を代替しうる。また、説得力についても、いずれも最高裁の判断であり、同じく最高裁判決に由来するカラオケ法理と同等以上であることはいうまでもないだろう。つまり、両最判の射程外の事案について、当然にカラオケ法理を適用する理由は存在せず、むしろ、事案が近接するならば、射程外であっても、ロクラクⅡ事件最判やまねき TV 最判の論理を先導（ガイド）として、利用主体性を判断する方が自然なように思われる。

一方、金築裁判官補足意見を敷衍して、クラブキャッツアイ事件やロクラクⅡ事件、まねき TV 事件最判の射程を超える事案については、原則に戻って、必要な規範的解釈を行い、利用主体を決していくべき、と徹底する考え方もあり得よう。しかし、同補足意見は規範的解釈の一般論抽象論を示すだけで、具体

的な手法や考慮要素は示されていないから、それだけでは、何をどのように考慮すればよいのかが、誰にも分からなくなってしまう⁽⁵⁰⁾。実際問題、裁判所としても、少なくとも手がかり、先導がないと困るであろうし、判決の説得力も低下してしまう⁽⁵¹⁾。また、裁判に至らない、日々のビジネスの現場では、何らの相場観もなくなってしまうと、権利者、利用者共に、負担する交渉コストは多大なものとなってしまふ。

結局ロクラクⅡ事件、そしてまねき TV 事件の各最判は、限定的な射程しか有さないが、実際問題としては、その射程を超えて、近接する事案における規範的解釈の先導として機能していくことが予想される⁽⁵²⁾。もっとも、無限定に機能しうるわけではないし、また先導であるから他の規範的解釈の可能性を排除するものでもない。

(2) 先導としてのロクラクⅡ事件最判

ネットワーク型サービスを用いてユーザが複製を行う場合に、サービス提供者は規範的複製主体となりうるか。この問題を判断する際に、ロクラクⅡ事件最判を先導として用いる場合は、複製権侵害との関係で、ユーザの自由意思を捨象するような状況が存在するか否かという観点から「複製の対象、方法、複製への関与の内容、程度等の諸要素を考慮」することになる。具体的には、複製の対象に関しては、その提供の状況（サービス提供者によるか否か、また枠の設定および枠内は全部他人のものであるというような状況が存在するか否かなど）について、複製への関与の内容・程度に関しては、複製を実現するための主たる側面は誰が担っているかについて、考慮する必要があるだろう⁽⁵³⁾⁽⁵⁴⁾。

とすると、直接の射程内と思われる事件（例：録画ネット事件や選撮見録事件^(54a)）以外にも、複製対象が放送番組ではなくて、例えば音楽や映像、コンピュータプログラム、書籍などであっても、複製対象をサービス提供者が提供し、かつ複製を実現するためのほとんど全ての側面をサービス提供者が担っているような事案では、ロクラクⅡ事件最判を先導として、サービス提供者の規範的な複製主体性を判断することになる。一方、複製機器は提供しても複製対象はユーザ側が用意するような事案（例：ファイルログ事件や TV ブレイク事件）については、ロクラクⅡ事件最判を先導とする限り、サービス提供者の規範的な複製主

体性を認めることにはならないだろう。

なお、MYUTA 事件は⁽⁵⁵⁾、サービス提供者が、複製対象を提供していることと、複製のほとんどの側面を担っていることの、いずれを重視するかで結論が分かれる境界的な難しい事案である。ただ、先導とするロクラクⅡ事件最判において前者が「枢要」とされたことに鑑みると、サービス提供者の主体性は否定される、と差し当たり解しておきたい⁽⁵⁶⁾。

(3) 先導としてのまねき TV 事件最判

まねき TV 事件最判の下線部(i)は自動公衆送信の主体一般について述べるものであるが、結論にあたる下線部(ii)の直接の射程は、入力型送信可能化の場合に限定されている。もっとも、下線部(ii)が著作権法2条1項9号の5を前提にした説示であることを考えれば、「入力」を「記録」と置き換えることに違和感はない。とすると、一般的なサーバを利用するような記録媒体型送信可能化の場合には、まねき TV 事件最判を先導として、「記録する者」が送信の規範的主体になると判断されることとなるだろう。

この点、記録は複製の一態様であることに鑑みると、「記録する者」すなわち「複製する者」であるから、少なくとも、ロクラクⅡ事件最判の射程内の事案およびそれを先導として用いる事案で、規範的複製主体とされる者は、記録媒体型送信可能化の場合の規範的な送信の主体にも該当することになる。とすると、(2)でサービス提供者に複製主体性を肯定したような事案については、送信の規範的主体性も認めることが可能であろう。逆に、複製主体性が認められなかった、ファイルログ事件、TV ブレイク事件、MYUTA 事件については、送信主体性も認められないだろう。さらに、著作権を侵害する記事を知りながら放置したことの不作為を理由に、電子掲示板の管理者を送信の主体と認めた、罪に濡れたふたり事件⁽⁵⁷⁾についても、まねき TV 事件を先導とする限り（特に下線部(i)との関係で）、サービス提供者に送信主体性を認めるのは難しいといわざるを得ない。

5.3 残された課題

以上のように両最判を整理した場合に、ネットワーク型サービスに関する従来の裁判例と結論が異なってくるのは、ファイルログ事件、TV ブレイク事件、MYUTA 事件、罪に濡れたふたり事件ということに

なる。

このうち、MYUTA 事件のような事案については、境界事例であることに加えて、判決に対しては、一般的なオンラインストレージの場合もサービス提供者を主体と認めることにつながるのではないかという批判が強かったことも考慮すると、適用する論理が変わることで結論が変わることもやむを得ないように思われる。

では、ファイルログ事件、TV ブレイク事件および罪に濡れたふたり事件はどうか。いずれも、サービス提供者は、ユーザによる侵害行為を幫助しているといえるから、故意過失など、他の要件が満たされれば⁽⁵⁸⁾、サービス提供者に対して、不法行為に基づく損害賠償請求を行うことは可能であろう。問題は差止請求権である。権利者からすれば、これらの事件で取り上げられたようなサービスこそ、一網打尽効果が求められるところ、通説的見解に基づけば、サービス提供者が利用主体ではない場合、そもそもの問題として、サービス提供者を相手方とする差止請求が認められる余地はないという結果になる。

規範的利用主体論の立場で、このような結果を回避する手法を考えるならば、やはり、何らかの形で、前記サービス提供者を規範的な利用主体と捉える以外ないだろう。例えば、①ロクラクⅡ事件最判やまねき TV 事件最判の論理を、本稿で検討したよりもずっと緩やかに解したり、②改めてカラオケ法理を活用したり、③金築裁判官補足意見が示唆するように、各事案にふさわしい規範的解釈を行ったり、することが考えられよう⁽⁵⁹⁾。ただ、①の手法については、場合判例として射程の限られる両最判を果たしてそこまで緩やかに解してよいのかは疑問も残るし、そういった無理をしてまでも、両最判に拘泥するのは、金築裁判官補足意見が強く戒めるところに他ならないとの批判もあろう。②の手法については、ロクラクⅡ事件最判およびまねき TV 事件最判によって、カラオケ法理が出番を失ったのは両最判の直接の射程内とその近接領域内に限られると解するならば、可能性はあろう。また結果についても、ファイルログ事件との関係では一定の賛同は得られよう。ただ、罪に濡れたふたり事件東京高判をみる限り、掲示板の事案においては、カラオケ法理によって管理者を規範的な利用主体と認めることができるのかについて疑問も残るし⁽⁶⁰⁾、仮にそれを認めて差止請求が可能となったとしても、TV ブレイク

事件のように著作権法上の利用主体＝プロバイダ責任制限法上の発信者、と解されるのでは、プロバイダ責任制限法の趣旨を没却するような副作用を生むことになる。さらに③については、何らの先導もないことになるので、その有効性、波及効果など全く不明といわざるを得ず⁽⁶¹⁾、実務家にとってはできれば避けたい手法であろう。

このように、いずれの手法にも少なからず限界があることに鑑みると、一旦規範の利用主体論から離れるべきなのかもしれない。そして、その先には、間接侵害者を規範的侵害主体とみなすことを止め、間接侵害者それ自体に対して差止請求を認めるような立法的対処を行うという考え方も出てこよう⁽⁶²⁾。もっともその場合、例えば、各最判の直接の射程の外の部分をカバーするような広範な立法とするのか、それとも各最判の近接領域は各最判の論理を先導として処理することを念頭に、それらが遠く及ばない範囲のみをカバーするものに留めるのか、などの議論が出てこよう。この点は機会を改めて検討したい。

いずれにしても今回、両最判が言い渡されたことで、著作権の間接侵害論（規範的利用主体論）が、新しい段階に足を踏み入れたことだけは間違いないといえよう⁽⁶³⁾。

以上

注

- (1) 最判平成 23 年 1 月 18 日判時 2103 号 124 頁。
- (2) 最判平成 23 年 1 月 20 日判時 2103 号 128 頁。
- (3) 詳細については、瀬戸さやか「著作権侵害を理由とする差止請求及び損害賠償請求の要件事実」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務体系 22 著作権関係訴訟法』62～68 頁参照。
- (4) その他に、著作権法第 113 条のみなし侵害規定に該当する者も著作権侵害者となる。
- (5) 私的使用目的で作成した複製物を共有フォルダに蔵置することは、複製および送信可能化に当たり、他のユーザの求めに応じて自動的にファイルを送信することは、（自動）公衆送信に当たる。詳細はファイルログ仮処分事件決定〔東京地決平成 14 年 4 月 11 日判時 1780 号 25 頁〕参照。
- (6) なお、利用主体を直接利用者に限らず、後述する規範的利用主体も含めた包括的な概念として位置づける場合もあるが、本稿では分かりやすさを優先した。

- (7) 著作権侵害された場合の請求としてはこの他に、廃棄請求（112 条 2 項）および名誉回復請求（115 条）がある。高部真規子「著作権侵害訴訟の請求の趣旨及び判決主文」牧野＝飯村・前掲注 3）40 頁参照。
- (8) 著作権の間接侵害の効果（作用）としては一網打尽効果、隠れ蓑対策効果、Deep Pocket 効果の 3 つ、副作用としては、混獲現象、空洞化現象、過分配現象の 3 つが考えられる。それぞれの詳細については、拙稿「著作権の間接侵害 ～日米裁判例の動向と実務への影響、今後の課題～」コピーライト 2009 年 10 月号（2009）5～8 頁参照。
- (9) 例えば、「文化審議会著作権分科会報告書」〔平成 18 年 1 月〕139 頁参照。
- (10) 侵害主体ではない、間接侵害者に対して 112 条 1 項を直接的適用できるとする裁判例〔ヒットワン事件・大阪地判平成 15 年 2 月 13 日判時 1842 号 120 頁〕や類推適用できるとする裁判例〔選撮見録事件・大阪地判平成 17 年 10 月 24 日判時 1911 号 65 頁〕も存在するが、後が続かない。
- (11) 独立説、従属説については、大淵哲也「知的財産法の重要論点 著作権侵害に対する救済（1）」法学教室 356 号（2010）145～147 頁参照。
- (12) 上野達弘「いわゆる『カラオケ法理』の再検討」『知的財産権法と競争法の現代的展開』紋谷暢男教授古稀記念（発明協会・2006）783 頁。
- (13) 最判昭和 63 年 3 月 15 日民集 42 卷 3 号 199 頁。なお、クラブキャッツアイ事件と称するのは正確ではないとの指摘〔市村直也「規範的利用主体論」田中豊編『判例でみる音楽著作権訴訟の論点 60 講』（日本評論社・2010）175 頁注（1）〕があるが、混乱を避けるため通例にならっている。
- (14) 最高裁判所の段階では、損害賠償のみが問題となっている。この点、田中豊「利用（侵害）主体判定の論理－要件事実論による評価」ジュリスト 1423 号（2011）13 頁参照。また、後掲する隠れ蓑対策効果についての記述も参照。
- (15) 田中・前掲注 14）13～14 頁は、同最判は事例判例であり、また本文中に引用した部分は一般命題としての傍論にすぎないから、同最判を、カラオケ法理を宣明した法理判例と位置づけるのは正しくない旨を指摘する。
- (15a) 大淵・前掲注 11）144 頁参照。
- (16) 東京地決平成 14 年 4 月 11 日判時 1780 号 25 頁。
- (17) 拙稿・前掲注 8）11～12 頁参照。

- (18) 抗告審：知財高決平成 17 年 11 月 15 日平成 17 年(ラ) 10007 号。
- (19) 東京地判平成 19 年 5 月 25 日判時 1979 号 100 頁。
- (20) 控訴審：大阪高判平成 19 年 6 月 14 日判時 1991 号 122 頁。
- (21) 控訴審：知財高判平成 22 年 9 月 8 日平成 21 年(ネ) 10078 号。
- (22) 拙稿・前掲注 8) 13 頁参照。
- (23) 拙稿・前掲注 8) 10～11 頁参照。
- (24) カラオケ法理の変質については、拙稿・前掲注 8) 10～13 頁参照および拙稿「変質するカラオケ法理とその限界についての一考察～録画ネット事件とまねき TV 事件を踏まえて～」情報ネットワーク・ローレビュー 6 巻 (2007) 38 頁参照。
- (25) なお、総合考慮型の判断基準については、筆者のようにカラオケ法理の亜種と捉える立場もあれば、別物として捉える立場もある。田村善之「著作権の間接侵害」知的財産法政策学研究 26 号 (2010) 59～62 頁参照。
- (26) 上野・前掲注 12) 788 頁参照。
- (27) 関連して拙稿・前掲注 8) 13～15 頁参照。
- (28) 知財高判平成 21 年 1 月 27 日平成 20 年(ネ) 第 10055 号。
- (29) 柴田義明〔判解〕Law & Technology 51 号 (2011) 107～108 頁参照。
- (30) 田中・前掲注 14) 15～16 頁参照。
- (31) 田中・前掲注 14) 12 頁参照。
- (32) ロクラクⅡ事件最判の評釈などとして、柴田・前掲注 29), 田中・前掲注 14), 金子敏哉〔判批〕速報判例解説・知的財産法 No.59 (2011), 小泉直樹「まねき TV・ロクラクⅡ最判の論理構造とインパクト」ジュリスト 1423 号 (2011) 6 頁以降, 上原伸一「放送事業者の著作隣接権と最高裁判決のインパクト」前掲ジュリスト 19 頁以降, 柴田義明〔判解〕前掲ジュリスト 38 頁以降, および三村量一＝松田俊治＝藤本祐太郎＝田村吉央〔判批〕知財研フォーラム 85 号 59 頁以降などがある。また、帖佐隆〔判批〕知財ふりずむ 9 巻 102 号 (2011) 49 頁以降は、ロクラクⅡ事件最判およびまねき TV 事件最判を鋭く批判する。
- (33) 小泉・前掲注 32) 10 頁参照。
- (34) 小泉・前掲注 32) 10 頁および田中・前掲注 14) 18 頁参照。なお、金子・前掲注 32) 3 頁は金築裁判官補足意見も踏まえて、むしろサービス提供者を直接利用者(規範的でない利用主体)と判断したものではないかと指摘する。
- (35) なお、柴田・前掲注 29) 111～112 頁および田中・前掲注 14) 16 頁は、本最判の結論は、サービス提供者のみが複製行為の主体であることを意味せず、ユーザも利用行為の主体に当たる可能性を排除するものではないが、本最判はユーザの主体性について何ら言及していない旨を指摘する。
- (36) 仮にユーザが複製主体となった場合、著作権法 30 条 1 項 1 号の問題が出てくることが指摘されており、この点いかに解するか留意する必要があるだろう。柴田・前掲注 29) 107 頁, 田中・前掲注 14) 16 頁, および上原・前掲注 32) 22 頁参照。
- (37) サービスを契約したが複製を行わないユーザを概念することはできない。ユーザごとに差があるとすれば、複製を行うか行わないかではなくて、複製をどの程度行うかの程度問題にすぎない。
- (38) 柴田・前掲注 29) 110～111 頁参照。なお、加戸守行『著作権法逐条講義 5 訂新版』(著作権情報センター・2006) 729 頁は、貸レコード店などがダビング機器だけでなく音源も提供し、機器の操作説明をした上で、ユーザが録音ボタンを操作する場合は、「機器の物理的操作を除けば、業者自身が複製を行って顧客に複製物を提供すると実質は同様であり、業者を著作権等の侵害罪の正犯と考えることができ[る]」とする。関連して帖佐・前掲注 32) 58 頁参照。
- (39) 知財高判平成 20 年 12 月 15 日判時 2038 号 110 頁。
- (40) まねき TV 事件最判の評釈などとして、山田真紀〔判解〕Law & Technology 51 号 (2011) 95 頁以降, 今村哲也〔判批〕速報判例解説・知的財産法 No.56 (2011), 小泉・前掲注 32), 田中・前掲注 14), 上原・前掲注 32), 山田真紀〔判解〕前掲ジュリスト 32 頁以降, 帖佐・前掲注 32), および三村他・前掲注 32) などがある。
- (41) 本稿で取り上げた部分も含め、まねき TV 事件最判全体についての検討は拙稿「まねき TV 事件最高裁判決について(仮)」AIPPI 掲載予定を参照されたい。
- (42) 田中・前掲注 14) 17 頁参照。
- (43) 「状態を作り出す者」と「状態を作り出す行為を行う者」の差について触れたい。例えば、「病気の子供を医者に診せず放置することで、生命が危険な状態を作り出した」とはいえるが、「病気の子供を医者に診せず放置することで、生命が危険な状態を作り出す行為を行った」とはいえないだろう。つまり、不作為によって「状態を作り出す」ことはできても「状態を作り出す行為を

行う」ことはできないのである。

- (44)加戸・前掲注 38) 43 頁。なお、サーバの設置などを行う者を送信可能化や自動公衆送信の主体とみない論拠として、この立法担当者の解説をあげるものとして、山田・前掲注 40) 33 頁、今村・前掲注 40) 4 頁、および小泉・前掲注 32) 7～8 頁。
- (45)今村・前掲注 40) 4 頁および小泉・前掲注 32) 7～8 頁参照。
- (46)山田・前掲注 40) 103 頁および小泉・前掲注 32) 8 頁も通常のサーバおよびその管理者は対象外とする。今村・前掲注 40) 5 頁および三村他・前掲注 32) 66～67 頁も同結論であるが、通常のサーバへの入力「継続的な入力」とはいえないことに主たる理由とする。この点に関する私見は拙稿・前掲注 41) 参照。
- (47)拙稿・前掲注 41) 参照。なお、山田・前掲注 40) 107 頁は、規範的な側面は大きくなかったとする。関連して田中・前掲注 14) 17 頁参照。
- (48)柴田・前掲注 29) 112～113 頁参照。なお、この点金子・前掲注 32) 2～3 頁は理解が異なる。
- (49)小泉・前掲注 32) 10 頁は、クラブキャッツアイ事件最判は演奏権、まねき TV 事件最判は送信可能化権および公衆送信権、ロクラクⅡ事件最判は複製権の侵害主体について規範的解釈を示したものと指摘する。この指摘に賛同し、現状は「鼎立」状態であると考え。
- (50)金子・前掲注 32) 3 頁参照。
- (51)カラオケスナックに関する事例判決(クラブキャッツアイ事件最判)における判断枠組みが、カラオケ法理としてネットワーク型サービスの事案に応用されたのも、規範的解釈のための先導が求められた故であろう。
- (52)小泉・前掲注 32) 11 頁および田中・前掲注 14) 12 頁参照。
- (53)複製の方法については、ネットワーク型サービスの場合、通常は、サーバなどの複製機器での自動的な複製と

なるので、事案ごとの差は生まれにくいだろう。

- (54)ここであげた考慮方法は、基本的には、ジュークボックス法理(同法理については、大淵・前掲注 11) 142 頁注(4)参照。なお、まねき TV 事件最判およびロクラクⅡ事件最判と同法理との関係については、2011 年 5 月 21 日開催の著作権法学会シンポジウムにおける大淵教授のご報告内容から示唆を得た)による場合と実質的に共通するものと考えている。ただ、同法理は規範的でない利用主体の認定に関するものであるため、本文では、「ジュークボックス法理によると」としなかった。また、金子・前掲注 32) 3～4 頁参照。
- (54a)選撮見録事件の被告を、サービス提供者といえるか否かについては、本稿では留保する。
- (55)拙稿「MYUTA 事件東京地裁判決」SOFTIC LAW NEWS 108 号(2007) 1 頁以降参照。
- (56)金子・前掲注 32) 4 頁参照。
- (57)控訴審：東京高判平成 17 年 3 月 3 日判時 1893 号 126 頁。
- (58)サービス提供者がプロバイダに当たる場合は、一般的な不法行為の要件の他に、プロバイダ責任制限法が定める要件も満たす必要がある。
- (59)金子・前掲注 32) 4 頁参照。
- (60)罪に濡れたふたり事件東京高判は、掲示板管理者を規範的な利用主体と評価するに際して、カラオケ法理を用いなかった。
- (61)金子・前掲注 32) 4 頁参照。
- (62)筆者は現在、文化審議会著作権分科会法制問題小委員会司法救済ワーキングチームに参加している。ただし、本稿での見解は全て筆者独自のものであり、同ワーキングチームのそれを代表するものではない。
- (63)本稿は著作権を念頭に検討したが、ここでの検討内容は、基本的には著作隣接権にも当てはまる。

(原稿受領 2011. 7. 1)